

ELS DRETS HISTÒRICS

Joaquim Ferret Jacas*

Un plantejament estatutari ambigu

L'article 5 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya (EAC) fa una referència ambigua als drets històrics de Catalunya. Afirmar que l'Estatut els incorpora i actualitza, i deriva d'això el reconeixement d'una posició singular de la Generalitat amb relació al dret civil, la llengua, la cultura, la protecció d'aquestes en l'àmbit educatiu i el sistema institucional en què s'organitza la Generalitat. Però afirma que aquesta protecció dels drets es fonamenta en l'article 2, la disposició transitòria segona i altres preceptes de la Constitució. Curiosament, no fa referència a la disposició addicional primera, que és la que regula els drets històrics, llevat que s'entengui continguda en l'expressió «altres preceptes de la Constitució». La referència a la disposició addicional primera havia existit en anteriors versions del text estatutari, però desapareix en el procés d'elaboració de l'Estatut.

Hi ha ja des de l'inici una escassa convicció catalana en els drets històrics. El catalanisme ha estat poc tradicionalista i s'ha basat principalment en el racionalisme propi d'una societat industrial. Tanmateix, la flexibilitat de les institucions històriques no és menyspreable. La institució monàrquica n'és un exemple. Per això, apartant-se de la línia habitual catalana, l'Estatut no renuncia a la via dels drets històrics, però ho fa de manera equívoca i imprecisa.

Una interpretació contundent

La Sentència fa un pronunciament interpretatiu sobre l'article 5 EAC. En primer lloc, afirma que la fonamentació històrica no pot ser aliena a la Constitució. Com no sembla discutible en un sistema democràtic constitucional, la història només juga en els termes en què li dóna joc la mateixa Constitució.

Hi ha una segona afirmació molt més important: els drets històrics de Catalunya no són els de la disposició addicional primera de la Constitució. Certa-

* Joaquim Ferret Jacas, catedràtic de dret administratiu de la Universitat Autònoma de Barcelona.

ment, l'ambigüitat de l'article 5 EAC dóna peu a aquesta possible interpretació. Però el Tribunal va més lluny i no es limita a dir que l'article 5 EAC no ha volgut fer actuar la disposició addicional primera de la Constitució. Amb l'activisme judicial que caracteritza la Sentència, fa unes afirmacions que, sense dir-ho de manera radical, semblen excloure en qualsevol cas l'aplicació de la disposició addicional primera a Catalunya: *«Se trata, pues, de derechos históricos en un sentido bien distinto del que corresponde a los derechos de los territorios forales a que se refiere la disposición adicional primera de la Constitución. Y ello porque se refieren a derechos y tradiciones de Derecho privado o, en el ámbito del Derecho público, al derecho que la disposición transitoria segunda de la Constitución ha querido atribuir a los territorios que en el pasado hubieran plebiscitado Estatutos de autonomía en orden a facilitarles su constitución como Comunidades Autónomas a través de un procedimiento específico. Con ese limitado alcance, por completo diferente al que la Constitución ha reconocido a los derechos de los territorios forales de la disposición adicional primera, el art. 5 EAC anticipa el elenco de competencias que, de acuerdo con la Constitución, atribuye a la Comunidad Autónoma en el ámbito de la lengua, de la cultura y de la educación y hace explícitas las razones que justifican el concreto sistema institucional en el que se organiza la Generalitat de Cataluña»*.

D'acord amb la Sentència, l'article 5 EAC té un mer valor enunciatiu i la seva eficàcia normativa és pràcticament nul·la. D'aquesta manera, no necessita fonament constitucional. Si el necessités, no el trobaria en els articles que esmenta. D'altra part, difícilment es pot considerar que són de l'àmbit del dret privat l'educació, la cultura o el sistema institucional. Però el que és més important és que la Sentència considera que el que disposa l'article 5 EAC no té res a veure amb els drets històrics dels territoris forals. No es diu amb claredat que el règim dels territoris forals no sigui aplicable a Catalunya. Però sembla que es doni per descomptat que els territoris forals són quelcom diferent. Fins ara no hi havia hagut cap pronunciament del Tribunal Constitucional sobre els drets històrics de Catalunya.

Amb la seva ambigüitat, l'article 5 EAC no ha evitat que el Tribunal Constitucional exclogui un pronunciament sobre l'aplicabilitat de la disposició addicional primera de la Constitució, però sí que ha aconseguit que no es vegi amb l'obligació de donar raons de la seva no-aplicabilitat. Per què Catalunya no és territori foral? És més important ser territori foral dins d'un regne que ser un regne independent? Els drets històrics són només els que encara eren presents al segle XIX, amb exclusió dels que van desaparèixer al segle XVIII? La Sentència, que sembla que troba evident que no s'apliqui a Catalunya la disposició addicional primera de la Constitució, no ens diu per quins motius no s'aplica.

Cal remarcar que la Constitució no ens diu quins són els territoris forals. Certament, si tenim en compte els treballs parlamentaris, els territoris forals són els bascos i navarresos, però una interpretació teleològica portaria a la conclusió que també Catalunya ha d'ésser considerada territori foral. No oblidem que continua vigent la disposició addicional tercera de l'Estatut d'autonomia d'Aragó, que disposa: *«La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica la renuncia del pueblo aragonés a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, los que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establece la disposición adicional primera de la Constitución»*. Si aquesta norma no és inconstitucional, la disposició addicional primera de la Constitució és aplicable més enllà dels territoris bascos i navarresos.

Les conseqüències de no tenir els drets històrics dels territoris forals

Els drets històrics permeten un afebliment de les competències estatals semblant al de les transferències de competències de l'article 150.2 de la Constitució, però amb la garantia que es tracta de competències estatutàries. Aquesta tècnica no és aplicable a Catalunya amb l'Estatut vigent i, si el Tribunal Constitucional segueix en la mateixa línia, no ho serà mai.

Aspectes de tanta transcendència com el concert fiscal d'Euskadi i Navarra no tenen altre fonament que la disposició addicional primera de la Constitució. El mateix succeeix amb el procediment privilegiat de l'«*amejoramiento de fuero*» navarrès.

Els drets històrics permetien possibilitats futures i significaven una garantia de les competències actuals. Una qüestió com la de l'establiment dels límits de les vegueries podria solucionar-se amb la tècnica dels drets històrics.

El que succeeix ara és que Catalunya baixa en el rànquing d'autonomia. Catalunya està per sota dels territoris forals en autonomia i en alguns aspectes de les comunitats que no han vist impugnats els seus estatuts. Tot això no pot deixar de tenir efectes.

DRETS HISTÒRICS

Jaume Vernet i Llobet*

No sé quina és la raó per la qual el Tribunal Constitucional ha emès una sentència en què l'argumentació és inexistent o contradictòria. En diversos temes, el Tribunal perd, a causa del migrat i incoherent raonament, la legitimació que té teòricament per dictar, sobre la base del dret, un veredictes que ha de resoldre un conflicte polític, potser el més important sobre el qual s'ha pronunciat el Tribunal des del seu establiment. Aquesta percepció crítica es posa de manifest en els vots particulars i, en una primera lectura de la Sentència (com la que fem per elaborar aquest breu comentari), es comprova en un llarg reguitzell de fonaments, certament poc jurídics, a vegades.

D'aquesta anàlisi, no se n'escapa el fonament jurídic (FJ) 10 de la STC 31/2010, que supera escassament una pàgina i ni tan sols esmenta jurisprudència anterior. De fet, el Tribunal fa trampa (o és un oblit inexcusable) quan remet al seu antecedent 21 (FJ 8) per a l'examen dels motius dels recurrents i de la resposta de les altres parts processals a les al·legacions en relació amb els drets històrics. Aquest antecedent es refereix exclusivament a l'article 5 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya (EAC), però la polèmica sobre els drets històrics està molt més desenvolupada. Així, el Tribunal, en els antecedents 16, 17 i 18, resumeix les posicions de les parts en relació amb el preàmbul, el qual diu que els drets històrics també fonamenten l'autogovern de Catalunya, que és la principal oposició al·legada respecte al text estatutari, però no l'única. Els recurrents negaven, així mateix, que aquests drets poguessin ser una explicació històrica de l'Estatut i que es poguessin basar en la disposició addicional primera de la Constitució espanyola (CE).

Però, a més, hi ha altres temes que citaven els recurrents, com ara que els drets històrics no podien ser un títol atributiu de competències (qüestió sobre la qual es va centrar bàsicament el Dictamen núm. 269, d'1 de setembre de 2005, del Consell Consultiu, F I.4); que l'actualització dels drets s'havia de fer en els estatuts d'autonomia, però no pas en el de Catalunya; que els drets de l'article 5 EAC es poguessin basar en la disposició transitòria segona CE; o l'apel·lació als

* Jaume Vernet i Llobet, catedràtic de dret constitucional de la Universitat Rovira i Virgili.

drets històrics com a residu de sobirania. Temes pràcticament absents en la Sentència que comentem.

El Tribunal diu que el precepte impugnat seria inconstitucional si els drets històrics pretenguessin ser un fonament de l'autogovern aliè a la Constitució, però també seria inconstitucional si fos un afegitó que el justifiqués, que és precisament el que el preàmbul i l'article 5 EAC diuen textualment (a). Tanmateix, el Tribunal entén que l'enunciat descarta aquesta interpretació, com també que es tracti dels drets històrics als quals es refereix la disposició addicional primera de la Constitució (b).

a) *La fonamentació de l'autogovern.* Sobre la primera qüestió, el Tribunal afirma que «només de manera impròpia» podria entendre's que els drets històrics són jurídicament també fonament de l'autogovern, cosa que no pot succeir «mai». És tota l'argumentació que hi ha. Aquesta manca de justificació ha de servir igualment per capir el preàmbul, segons el que afirma el Tribunal.

Els vots particulars favorables al recurs d'inconstitucionalitat posen en relleu que el Tribunal utilitza la tècnica de la interpretació conforme, de manera que «refà un precepte, transformant-lo en un altre, i així, en la seva nova formulació, pot declarar-lo constitucional», ja que el que «el precepte diu és precisament el que la sentència nega» (V. Conde, punt 10); o que, per «salvar» l'article de la inconstitucionalitat, «la Sentència –FJ 10– fa dir al preàmbul i a l'art. 5 EAC exactament el contrari del que diuen» (J. Delgado, punt 6). Igualment, s'utilitza la «interpretació conforme oculta», segons la qual es fa dir al preàmbul el que no diu (J. Rodríguez-Zapata, punt 15).

El Tribunal ignora la referència explícita del preàmbul a la fonamentació dels drets històrics en la Constitució i, com a preàmbul, nega cap mena d'eficàcia jurídica a aquesta fonamentació, cosa que després esdevindrà inconsistent, ja que el caràcter additiu de la fonamentació apareix en l'articulat (art. 5 EAC), i a aquest no li hauria de negar una certa efectivitat normativa, cosa que implicaria la declaració d'inconstitucionalitat, com reclamen alguns vots particulars (per tots, vegeu el de R. Rodríguez Arribas).

Les al·legacions del Govern i del Parlament de Catalunya (antecedents 17 i 18, respectivament) van justificar la legitimitat històrica de l'autogovern reconeguda per la Constitució, perquè és explicativa de la fonamentació constitucional d'aquest en la mesura que «el dret històric és, per al Parlament de Catalunya, la pervivència d'un sentit del Dret en la història», argumentació coincident amb el

vot particular d'E. Gay (punt 4), qui entén que el Tribunal incorre en «un academicisme més propi del segle XIX» i un «positivisme exacerbat, quasi afirmant que no existeix res abans de la Constitució», ja que és clar que «el constituent no ha actuat al marge de la història de Espanya ni la Constitució és el resultat d'un fet espontani» (punt 5).

b) Aplicació de la disposició addicional primera CE. Sobre la segona qüestió, el Tribunal estableix que l'article 5 EAC no té relació amb aquesta disposició (ni tampoc hi remet), perquè «el sentit» dels drets històrics en l'Estatut i en la Constitució és «ben diferent», ja que els estatutaris són drets i tradicions de dret privat, i quan es refereixen al dret públic tenen per base la disposició transitòria segona CE, que permet explicar l'assumpció de determinades competències. D'acord amb això, l'article 5 EAC «anticipa el feix de competències» que s'atribueixen sobre determinades matèries i «fa explícites les raons que justifiquen» el sistema institucional de la Generalitat.

En aquest punt hi ha una certa coincidència entre el vot que va sustentar la majoria en el Dictamen núm. 269 del Consell Consultiu i la pràctica unanimitat del Tribunal Constitucional, tot i que l'argumentació del Consell (encara que no la compartís, com vaig expressar en un vot particular al Dictamen esmentat) era molt més sòlida i extensa. Així, des d'una interpretació literal, històrica, autèntica (d'acord amb els antecedents parlamentaris del període constituent), sistemàtica i teleològica de l'article 150.2 CE i de les disposicions addicional primera, transitòria segona i derogatòria de la Constitució, segons el meu parer, els drets històrics de Catalunya poden ser homologables als drets històrics dels territoris forals esmentats en la disposició addicional primera.

El Tribunal afirma autoritàriament que els drets històrics derivats de la disposició addicional primera i de la disposició transitòria segona CE són diferents i que els declarats en l'Estatut d'autonomia de Catalunya no poden emparar-se en la primera disposició constitucional, però no diu, perquè no ho pot dir, que les conseqüències jurídiques dels drets històrics de l'article 5 EAC siguin incompatibles en tot o en part amb les dels «territoris forals». Tampoc no justifica per què l'actual disposició addicional tercera de l'Estatut d'Aragó sí que pot emparar-s'hi. Tot i així, declara la constitucionalitat dels drets històrics tal com es recullen en l'Estatut. Algunes eficàcies han de tenir, ja que no ha estat negada explícitament en el veredictes i els drets històrics de l'article 5 EAC es lliguen a un conjunt de preceptes constitucionals, per la qual cosa poden repercutir en el sistema de distribució de competències i modular l'article 149.1 CE.

En definitiva, el Tribunal Constitucional reescriu la Constitució i l'Estatut amb un activisme interpretador desmesurat, especialment criticable perquè no argumenta prou i, per tant, no convenç. Una vegada més, no justifica les seves afirmacions, amb la qual cosa fa difícil de comprendre l'abast i el sentit de la seva decisió. Més aviat crearà problemes que no pas ajudarà a resoldre'ls, que hauria de ser un dels seus objectius.